



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Médico e a Sua Função Social

Luciene de Oliveira Monteiro

Rio de Janeiro  
2014

LUCIENE DE OLIVEIRA MONTEIRO

**O Médico e a Sua Função Social**

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza Cavalieri Fitzner

Nelson C. Tavares Junior

## O MÉDICO E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Luciene de Oliveira Monteiro

Graduada pela Faculdade Moraes Júnior – Mackenzie Rio. Advogada. Pós-graduada em Direito Privado e Civil pela Universidade Candido Mendes.

**Resumo:** O exercício da medicina no atual Estado Social brasileiro deve se pautar na função social da atividade profissional. O profissional da área de saúde não pode ter por ayo a antiga visão regida pela autonomia da vontade, imperativa em um Estado Liberal. A nova perspectiva se norteia em exercer a função social da Medicina com esteio na dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, com o escopo de viabilizar um Estado Democrático.

**Palavras-Chave:** Responsabilidade Civil Médica. Liberalismo. Autonomia da Vontade. Função Social.

**Sumário:** Introdução. 1. O Reconhecimento do Direito à Saúde. 2. Principais Características do Liberalismo e da Democracia no Âmbito da Medicina. 3. A Teoria da Justiça de John Rawls e a Medicina Funcionalista. 4. A Responsabilidade Civil Médica e Meios Repressivos à Função Social. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

O trabalho a ser apresentado aborda sobre o médico, a sua função social e as questões referentes ao erro diagnóstico, resultantes do tratamento diferenciado dispensado ao setor público.

O presente estudo tem visa demonstrar como a função social no exercício da medicina pode minimizar o erro diagnóstico no Sistema Único de Saúde. Com base no direito à saúde, a função social no exercício da medicina se reveste dos atributos dos direitos fundamentais.

Primeiramente, se destaca a importância do direito fundamental à saúde; haja vista que depois do direito à vida, aquele é o direito mais importante. A Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, em seu art. 198 se implantou o Sistema Único de Saúde.

O Código de Ética Médica tem, atualmente, uma performance humanista-solidário. Desta forma, o médico não pode se utilizar de uma visão solipsista, valendo-se arbitrariamente da autonomia da vontade, o que caracteriza o pensamento médico-liberal.

Por certo, o médico deve ter uma visão democrática, cumprir com a sua função social. No entanto, isso não significa dizer que o médico deve ser responsabilizado pela má prestação de atendimento devido à falta de infraestrutura no setor público.

A Teoria da Justiça de John Rawls vem sedimentar princípios basilares da sociedade, como o princípio da liberdade e o princípio da igualdade, a partir de elementos constituídos, sem a influência dos pré-conceitos concebidos em uma sociedade – é o que ele denomina de “véu da ingenuidade”.

O médico deve atuar sem se basear na condição econômica ou social de seu paciente, deve dispor no exercício de sua profissão de forma perita, diligente e prudente. De modo a evitar o erro de diagnóstico e de tratamento.

Caso estes preceitos não venham a ser respeitados, o profissional da área de saúde deve arcar com a responsabilidade decorrente do dano, avaliando-se sempre se incorreu em culpa. Comprovada a culpa, o médico deve responder civilmente, bem como deve ter condicionada sua ascensão profissional a inócuência de culpa.

Diante de tão nobre legado, o médico deve atuar com zelo, dedicação e presteza no tratamento e atendimento de seus pacientes.

## 1. O RECONHECIMENTO DO DIREITO À SAÚDE

A saúde é um direito fundamental que preconiza a qualquer outra conquista do ser humano. Depois do direito à vida, o direito à saúde é o que viabiliza o exercício dos demais direitos estabelecidos na Constituição Federal e na norma infraconstitucional.

### 1.1. SAÚDE: UM DIREITO FUNDAMENTAL

No Brasil, a positivação do direito fundamental à saúde no plano constitucional, se deu com a Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro 1988, ou seja, quatro décadas depois da edição da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948). Com isso, o direito à saúde é reconhecido como um direito fundamental social de todos. Este atraso constitucional é bem enfatizado por Silva, para quem “É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem.”<sup>1</sup>

O ordenamento constitucional brasileiro consagra o direito à saúde como um direito fundamental social e se materializa com a norma aposta no artigo 6º da Constituição da República.<sup>2</sup> Ademais, outro substrato em que se fundamenta o tratamento constitucional do direito à saúde está insculpido nos artigos 196 a 200 da Carta Magna, os quais prescrevem regras gerais e diretrizes norteadoras da política pública de saúde.

Com efeito, o constituinte definiu a forma pela qual se dará a garantia do direito à saúde, a saber, por políticas sociais e econômicas.

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 311 *apud* LEAL, Rogério Gesta; MARQUES, Nadja Rejane (Org.). *Direitos Fundamentais em Foco: nunca é bastante*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012, p. 31.

<sup>2</sup> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O art. 198 da Constituição Federal de 1988 dá sustentáculo constitucional à criação do Sistema Único de Saúde sendo que, este se baseia em uma rede de ações e serviços de saúde regionalizada e hierarquizada. Segundo Gonçalves, o SUS é o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.<sup>3</sup> O cidadão que a ele se dirige deve ser atendido por um corpo de profissionais qualificados e dispostos a prestar um serviço condigno com o ofício que se abraça.

O SUS é proveniente da denominada Reforma Sanitária brasileira. Este processo político mobilizou esta sociedade para propor novos modelos de organização de sistema, serviços e práticas de saúde. Há, portanto, o exercício da cidadania por meio da participação popular na construção de um sistema nacional de saúde.<sup>4</sup>

Por meio do SUS busca-se proporcionar o atendimento integral à população. Para tanto, devem ser respeitados os princípios ético-doutrinários do SUS como a integralidade ao desenvolver prioritariamente as atividades de promoção e prevenção à saúde.

Não se pode olvidar dos serviços especializados. A equidade almeja tratar de forma diferenciada os desiguais, oferecendo mais a quem precisa mais, procurando reduzir as desigualdades nos atendimentos e a universalidade, que favorece a igualdade de acesso a todos os brasileiros ao Sistema Único de Saúde.

---

<sup>3</sup> GOLÇALVES, Flávio (Coord.). *A Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos*. Fortaleza: ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ, 2012, p. 140.

<sup>4</sup> FRANÇA, Genival Veloso de *apud* GOLÇALVES, Flávio (Coord.). *A Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos*. Fortaleza: ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ, 2012. p. 141.

## 1.2. O CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA

É mister demonstrar que a inserção do Código de Ética na prática médica brasileira se fundamenta na medicina ocidental, que tem no *Juramento* sua sustentação e o seu ideário. O Código de Ética brasileiro já teve uma performance paternalista (1945), humanitarista (1953), paternalista-humanitário (1965), autoritarista (1984) ou humanista-solidário (1988 e 2009). No que tange a estrutura do atual Código de Ética, França aponta que:

Deve-se reformular um Código, seja ele de que área profissional for quando existam notáveis e profundas mudanças no modo de pensar e agir de uma categoria e que as normas antigas tragam empecilhos e conflitos com o exercício daquela profissão ou para a devida interpretação dos Tribunais Regionais e Superior de Ética, quando da avaliação das infrações cometidas pelos profissionais no seu exercício profissional. Assim se dá com os demais Códigos que normatizam a vida em sociedade.<sup>5</sup>

Por certo, o Código não deve ceder a impulsos políticos, ideológicos ou corporativistas na elaboração e sistematização das normas éticas. No entanto, não se pode olvidar a expectativa social de se obter um profissional mais dedicado ao ser humano, mais diligente com a vida, mais sabedor do seu sagrado legado e com amor no exercício da medicina.

Assim como magistrado, o médico também não deve agir de forma solipsista, ou seja, utilizando-se arbitrariamente da autonomia da vontade. Por certo, o magistrado deve se utilizar do livre convencimento motivado e/ou da livre apreciação da prova; no entanto, não pode decidir de forma arbitrária. Da mesma forma, o médico pode se utilizar de suas prerrogativas de escolha, em local trabalhar, mas quando exterioriza sua vontade, deve exercer com primor o seu legado. Streck discorre em sua obra sobre uma das facetas da manifestação solipsista ao que podemos dispor:

---

<sup>5</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. 12 ed. Ver. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 33.

Venho analisando esta problemática do solipsismo judicial desde há muito. Minha preocupação tem sido com o livre convencimento e/ou livre apreciação da prova vigorante tanto no processo civil como no processo penal, com variantes e denominações das mais diferentes. Mas, mais do que isso, devemos ficar atentos ao uso discriminado e acrítico de teorias/postural “importadas” de forma inadequada, como a teoria da argumentação jurídica alexiana. Esse uso acrítico tem representado um crescimento nas decisões arbitrárias. Na verdade, sob o manto da discricionariedade, pratica-se a arbitrariedade interpretativa.<sup>6</sup>

O médico não pode escolher de forma discricionária quem merece um melhor tratamento. O profissional não pode se basear em suas próprias experiências pessoais para decidir qual vida tem maior importância. O médico deve, portanto, seguir os preceitos basilares de sua profissão. Podemos destacar os seguintes princípios fundamentais da ética médica:

I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.  
 II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.  
 III - Para exercer a Medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.  
 IV - Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da Medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão.  
 V - Compete ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente.<sup>7</sup>

É de bom alvitre considerar o que lecionou Franco: “Seja como for, a atenção à saúde está sempre a exigir uma resposta solidária diante das emergências e adversidades da vida, daí sua inserção no contexto histórico sem restrições de qualquer monta.”<sup>8</sup>

Há que se analisar a dialetização entre o individual e o coletivo para que haja um partilhamento equitativo de bens. O médico também é responsável pela construção da vida

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS - mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 191.

<sup>7</sup> BRASIL. CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA. Resolução n. 1931 de 2009. Capítulo I – Princípios Fundamentais. Disponível em: < [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122)>. Acesso em: 28 jun. 2014.

<sup>8</sup> FRANCO, Carlos Alberto Di (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 359.

social; sendo assim, não deve haver a polarização de sua análise subjetiva e objetiva do paciente.

O que se espera no campo da saúde é o atendimento às necessidades dos pacientes que dela carecem para se manterem vivos. Não se pode aplicar uma política de exclusão. O SUS não visa contemplar toda a coletividade; visto que, a totalidade nem sempre demanda o tipo de tratamento específico do SUS. No dizer de Franco:

Negar tratamento médico a determinado indivíduo é negar o direito à vida. Tal evidencia uma política de exclusão, já que outros são contemplados por planos generosos de saúde, inclusive aqueles concebidos em proveito próprio. Exemplo disso são os benefícios autoconcedidos, nesse plano, aos parlamentares de maneira geral. Demais disso, a divisão do bônus não guarda relação com o postulado da equidade.<sup>9</sup>

Para que se atenda aos preceitos da Lei Orgânica de Saúde nº 8.080/1990, utilizam-se dois mecanismos de controle social: as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde. Por certo, esses espaços devem exercer importante papel para a efetiva participação da sociedade civil na tomada de decisão em saúde.

No entanto, Gonçalves dispõe que estes espaços acabam sendo manipulados politicamente na sua composição e funcionamento, comprometendo a representatividade da população e dificultando o controle social para a efetivação das políticas públicas de saúde.<sup>10</sup>

Para que isso não ocorra, a sociedade deve acompanhar e cobrar ações efetivas dos gestores do SUS. É de primor ingerência dispor os dizeres de Vasconcelos; Pasche que declaram:

A mobilização social e a qualificação da participação social, no contexto do pacto em defesa do SUS, se constituem em requisito indispensável para fortalecer as outras dimensões do pacto pela saúde, pois sem o acompanhamento e a cobrança de

---

<sup>9</sup> Ibid., p. 363.

<sup>10</sup> GOLÇALVES, op. cit. p. 143.

responsabilidade junto aos gestores do SUS, corre-se o risco de se postergar indefinidamente a efetivação dos compromissos acordados.<sup>11</sup>

## **2. PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO LIBERALISMO E DA DEMOCRACIA NO ÂMBITO DA MEDICINA**

O pensamento liberal se fundamenta na autonomia de vontade. Com efeito, o médico pode escolher onde trabalhar; no entanto, o seu atuar deve ser calcado na melhor técnica, diligência e prudência a todos que ele se dirigirem.

### **2.1. O PENSAMENTO MÉDICO-LIBERAL**

O Liberalismo traz como uma de suas principais características a limitação do Estado em contraposição ao Absolutismo. Trata-se da doutrina dos direitos do homem, elaborada pela Escola de Direito Natural. Destacam-se como direitos fundamentais: a vida, a liberdade, a segurança e a felicidade. Bobbio ao discorrer sobre a liberdade dos antigos e dos modernos dispõe que:

Na acepção mais comum dos dois termos, por liberalismo entende-se uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal se contrapõe tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de social.<sup>12</sup>

Locke, o pai do Liberalismo moderno, parte do estado da natureza descrito como um estado de perfeita liberdade e igualdade, governado por uma lei da natureza que ensina a todos os homens, desde que desejem consultá-la, que, sendo todos iguais e independentes,

---

<sup>11</sup> Vasconcelos; Pasche *apud* GOLÇALVES, Flávio (Coord.). *A Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos*. Fortaleza: ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ, 2012, p.143.

<sup>12</sup> BOBBIO, Noberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 7.

ninguém deve provocar danos aos demais no que se refere à vida, à saúde, à liberdade e às posses.<sup>13</sup>

Há, neste momento histórico, uma igualdade somente formal nas relações contratuais. Verifica-se a preponderância da injustiça a partir da manipulação de regras contratuais que apenas formalmente se afiguram justificáveis.

Apesar de John Locke ser médico, político e pai do Liberalismo, o pensamento dominante é o jurídico-individualista, onde não há preocupação com a erradicação da pobreza nem com as políticas sociais compatíveis para a fixação de garantias mínimas de proteção pessoal.

Segundo Lisboa, o pensamento liberal extremado não produz crescimento social, pois se protege mais o patrimônio individual do que a dignidade pessoa. O que impera é a estratificação social e o favorecimento das classes econômicas mais privilegiadas.<sup>14</sup> Quem possui condições financeiras para ir a um médico particular recebe um tratamento mais acurado.

No pensamento médico-liberal, o compromisso com o princípio contratual da autonomia da vontade se sobrepõe às políticas sociais que tem por escopo a garantia mínima de proteção da dignidade pessoal.

Alguns profissionais da medicina atuam com mais seriedade no setor que lhe traz maior benefício, ou seja, a atuação no setor privado retine em maior renda, então atuam com maior prudência. Ao passo que o mesmo médico, no setor público, por não dispor de tão ampla estrutura econômico-funcional, não se garante da atenção necessária dentro dos possíveis vieses disponibilizados.

Lisboa destaca que a gênese desta vertente se dá no Direito Civil clássico positivado na sistemática individualista. Trata-se do pensamento burguês que desprestigiava a

---

<sup>13</sup> LOCKE *apud* BOBBIO, *ibid.*, p. 12.

<sup>14</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: contratos* vol. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 67.

redistribuição de renda e a não garantia de forma eficaz a tutela do hipossuficiente que integrava um dos polos da relação contratual.<sup>15</sup>

Por conseguinte, as normas jurídicas de ordem pública foram promulgadas com o desiderato de minimizar o desequilíbrio contratual existente entre os contratantes. Não se pode olvidar, a relação médico-paciente é contratual e a sua responsabilidade é subjetiva, restando à análise da culpa.

Com a promulgação destas normas jurídicas, houve a mutação da idéia de liberdade negativa, verificando-se uma participação positiva da sociedade que se tornou crescente, pretendendo-se conquistar direitos e efetivar outros que tão somente eram formalmente reconhecidos por lei.

Após o período de guerras mundiais e a elaboração de normas internacionais que culminavam com a Declaração da Organização das Nações Unidas – ONU - de 1948, o pensamento jurídico perfilou no sentido de se conceder maior relevância à pessoa na relação jurídica. Ampliaram-se as liberdades públicas, obtendo-se instrumentos públicos mais eficientes de tutela da pessoa e de seus interesses extrapatrimoniais.

Reconhecida a insuficiência do sistema fechado (voltado para bens e não para pessoas), várias legislações especiais foram sendo editadas numa tentativa de acompanhar e regular as novas situações sociais.

Segundo Tepedino, a constitucionalização do Direito Civil foi a orientação adotada, seguindo-se o direito europeu-continental, fixando-se os princípios informativos aplicáveis às relações jurídicas em geral.<sup>16</sup> Os interesses contratuais passam a ser regidos pelo dirigismo econômico e pela delimitação da autonomia da vontade individual.

Rawls quando aborda sobre o véu da ingenuidade dispõe sobre a posição original do indivíduo e do parceiro. Os parceiros na posição original são os agentes racionalmente

---

<sup>15</sup> Ibid., p. 67.

<sup>16</sup> TEPEDINO, Gustavo *apud* LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: contratos*, vol. 3. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.68.

autônomos de um processo de construção. O médico deve atuar com uma autonomia racional, pois faz parte do processo de construção social.

Como tais eles representam o aspecto da racionalidade que faz parte da concepção da pessoa moral própria dos cidadãos de uma sociedade bem ordenada. A autonomia racional dos parceiros na posição original difere da autonomia completa exercida pelos cidadãos na sociedade. A autonomia racional é aquela dos parceiros na medida em que são agentes de um processo de construção. Essa é uma noção relativamente estreita que se precisa colocar em paralelo com a noção kantiana de um imperativo hipotético (ou a de racionalidade que se encontra na economia neoclássica). A autonomia completa é aquela dos cidadãos na vida cotidiana, que tem uma certa visão de si próprios, defendendo e aplicando os princípios primeiros de justiça a respeito dos quais se puseram de acordo.<sup>17</sup>

## 2.2. O PENSAMENTO MÉDICO-DEMOCRATA

O médico-democrata tem como fim principal o desenvolvimento da comunidade em seu conjunto. Para tanto, deve haver a igualdade na liberdade, ou seja, a liberdade de o médico escolher em qual setor trabalhar convergirá no mesmo tratamento dispensado tanto no setor público como no setor privado. O artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Os homens nascem e devem permanecer livres e iguais em seus direitos.”

A igualdade perante a lei pode ser entendida como a exclusão das discriminações da sociedade. Contudo, a igualdade nos direitos compreende a igualdade em todos os direitos fundamentais. Neste aspecto, Bobbio preleciona que:

A única forma de igualdade que não só é compatível com a liberdade tal como entendida pela doutrina liberal, mas que é inclusive por essa solicitada, é a igualdade na liberdade: o que significa que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade dos outros, podendo fazer tudo o que não ofenda a igual liberdade dos outros. Praticamente desde as origens do Estado liberal essa forma de igualdade inspira dois princípios fundamentais, que são enunciados em normas constitucionais: a) a igualdade perante a lei; b) a igualdade dos direitos.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. Tradução Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 54.

<sup>18</sup> BOBBIO, op.cit. p. 39-40.

O igualitarismo democrático visa à igualdade jurídica, econômica e a igualdade nas oportunidades. A teoria da responsabilidade que se baseia no princípio da boa-fé subjetiva para reprimir o dano causado, deve ser considerada como insuficiente para a satisfação dos interesses jurídicos em geral.

Por outro lado, a teoria da confiança confere um regime jurídico protetivo, mais flexível e transparente, mediante a análise da prevenção e da repressão do dano patrimonial e extrapatrimonial, fundada no princípio da boa-fé objetiva.<sup>19</sup>

O profissional da área de saúde deve dispor em todas as suas consultas de uma relação de confiança, trabalhar de forma profícua para que não haja dano ao paciente. A prevenção de um mau tratamento deve ser amparada por modificação legislativa para ascensão profissional pública e por programas governamentais.

Por certo, a repersonalização da relação jurídica novamente colocou a pessoa no centro dos interesses, surgindo a solidariedade social como um instrumento propulsor da satisfação dos interesses humanos. Frise-se o médico deve buscar o proveito de toda a comunidade, dentro de sua possibilidade.

O médico deve separar o seu interesse particular do interesse coletivo de seu ofício, da mesma forma como o magistrado age ao decidir a demanda a ele apresentada. Ressaltem-se os dizeres de Rousseau:

Podemos distinguir na pessoa do magistrado três vontades muito diferentes. De primeiro, a vontade própria do indivíduo, que só tende a seu particular interesse; em segundo lugar, a vontade comum dos magistrados, que unicamente se refere ao proveito do príncipe, e que se pode chamar vontade do corpo, e é geral a respeito do Estado de que o governo faz parte; em terceiro lugar, a vontade do povo, ou a vontade soberana, que é geral, assim a respeito do Estado visto como todo, como a respeito do governo considerado como parte do todo.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> LISBOA, op. cit. p. 72.

<sup>20</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 68.

É de notório saber, nem sempre o profissional de saúde pública disponibiliza de todos os instrumentos necessários para dar um tratamento adequado ao paciente. No entanto, quando houver tal infraestrutura, o médico deve atuar com total precisão, respeito, atenção, cautela, técnica e cuidado para evitar diagnósticos equivocados e tratamentos errôneos que só prejudicam a saúde do paciente.

A supremacia dos interesses sociais e a valorização da boa-fé devem nortear a análise de todas as relações públicas e privadas. Lisboa aponta que a responsabilização das relações contratuais exige mais valorização da dignidade humana e a proteção da segurança, da vida e da integridade biopsíquica.<sup>21</sup>

A atuação do médico em sua arte de curar e prevenir se confunde com o imediatismo para atender as filas intermináveis das unidades de saúde pública e as compensações, por vezes, irrisórias.<sup>22</sup>

Trata-se da aplicação do que seria a cooperação social amplamente defendido por Rawls em seu livro *Justiça e Democracia*, vejamos:

Ora a noção apropriada de termos equitativos de cooperação depende da natureza da própria atividade cooperativa, do seu contexto social, das metas e aspirações dos participantes, da maneira pela qual eles se consideram a si mesmos e aos demais como pessoas e assim por diante. (...) A etapa seguinte consiste em considerar as duas faculdades morais como condição necessária e suficiente para que um membro da sociedade seja tratado como membro igual em todos os aspectos nas questões de justiça política. Os que podem tomar parte na cooperação social durante toda a vida e os que desejam respeitar os termos equitativos apropriados da cooperação são considerados cidadãos iguais. Aqui pressupomos que as faculdades morais são efetivadas num grau mínimo necessário e associadas, num dado instante qualquer, a uma concepção determinada do bem.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> LISBOA, op. cit. p. 83.

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://www.crmpr.org.br/imprensa/arquivos/2-lugar-ravel.pdf>> Acesso em: 26 fev. 2014.

<sup>23</sup> RAWLS, op. cit. p. 157 e 179.

### 3. A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS E A MEDICINA FUNCIONALISTA

A Teoria da Justiça de Rawls nos mostra que a liberdade não deve ser dissociada da igualdade. Hodiernamente, para que haja uma igualdade substancial o médico deve estar ciente do empoderamento dos indivíduos e estar mais comprometido com o bom desempenho de sua atividade.

#### 3.1. A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Rawls foi professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard. Renomado filósofo contemporâneo norte-americano, autor de *Uma Teoria da Justiça, Justiça e Democracia e Justiça como Equidade*.

A obra *Uma Teoria da Justiça* visa apresentar uma concepção de justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social como se lê, digamos, em Locke, Rousseau e Kant.<sup>24</sup>

Com efeito, para que a sociedade seja bem ordenada deve haver um consenso original, ou seja, uma concepção pública de justiça, configurando-se no estrutura da sociedade.

O autor aponta que a justiça deve ser estabelecida a partir do estado de ingenuidade dos indivíduos que devem escolher quais princípios devem reger uma sociedade. Esses princípios seriam delimitados por pessoas livres e racionais, preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam em uma posição inicial de igualdade como determinantes dos termos fundamentais de sua associação.

---

<sup>24</sup> Id. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Maria Ramoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 12.

Frise-se, estes indivíduos devem dispor de forma razoável e racional sobre tais princípios; sem, contudo, terem o conhecimento do que pode ou não lhes trazer vantagem social. O médico deve agir de forma prudente, perita e diligente sem olhar a quem. Assim como Rawls aborda sobre o véu da ignorância em que as partes não conhecem certos tipos de fatos particulares. Ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade, a sua posição de classe ou seu status social. Ademais, ninguém conhece a sua sorte na distribuição de dotes naturais e habilidade, sua inteligência e força, e assim por diante.<sup>25</sup>

As proposições de Rawls devem ser difundidas por meio de um contrato social. No entanto, este contrato social é diferente do defendido por Hobbes, Locke e Rousseau em que o Estado era absolutista.

Verifica-se a similitude de pensamento de Rawls e de Kant que baseava a sua ética na universalidade, ou seja, o comportamento racional, razoável e aceito por toda a coletividade deve ser por ela observado. O contrato possui suas cláusulas que são os seus princípios. Outro modo de colocar a questão é dizer que os princípios da justiça manifestam, na estrutura básica da sociedade, o desejo dos homens de tratar uns aos outros não apenas como meios, mas como finalidades em si mesmo.<sup>26</sup>

Destaca-se o princípio da liberdade e o princípio da igualdade para que se obtenha uma sociedade justa. No princípio da liberdade cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que sejam compatíveis com um sistema de liberdade para as outras. Ao passo que no princípio da igualdade, as desigualdades sociais e econômicas devem ser coordenadas de modo a se tornarem mais vantajosas para todos, vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Ibid. p. 147.

<sup>26</sup> Ibid. p. 195.

<sup>27</sup> Ibid. p. 64.

Trata-se de liberdade básica do indivíduo, poder se dirigir em caso de emergência ao setor público e ser bem atendido. Esta liberdade deve ser efetiva e eficaz. Configura-se; portanto, da igualdade perante a lei e da igualdade dos direitos como bem descreve Bobbio:

O princípio da igualdade perante a lei pode ser interpretado restritivamente como uma diversa formulação do princípio que circula em todos os tribunais: 'A lei é igual para todos'. Nesse sentido significa simplesmente que o juiz deve ser imparcial na aplicação da lei e, como tal, faz parte integrante dos remédios constitutivos e aplicativos do Estado de direito, sendo assim inerente ao Estado liberal pela já mencionada identificação do Estado liberal com o Estado de direito. Extensivamente isso significa que todos os cidadãos devem ser submetidos às mesmas leis e devem, portanto, ser suprimidas e não retomadas as leis específicas das singulares ordens ou estados: o princípio é igualitário porque elimina uma discriminação precedente. (...) quanto a igualdade nos ou dos direitos, ela representa um momento ulterior na equalização dos indivíduos com respeito à igualdade perante a lei entendida como exclusão das discriminações da sociedade por estamentos: significa o igual gozo por parte dos cidadãos de alguns direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.<sup>28</sup>

O princípio da liberdade na medicina deve ser disciplinado para que a parte menos favorecida da sociedade possa ter acesso às liberdades básicas que viabilizam a vida, a saúde, a igualdade de tratamento e a segurança, independentemente de suas posses, quais sejam, suas propriedades.

O médico deve ser perito, prudente e diligente em sua obra, caso contrário haverá violação aos direitos fundamentais, contrariando cláusula pétrea.

A liberdade básica efetiva se verifica quando o paciente se dirige a rede pública com determinada doença ou enfermidade e sai daquele local com o melhor tratamento médico possível. O profissional da área de saúde deve se utilizar de todo o seu conhecimento e de todos os instrumentos possíveis para salvar aquela vida, curar a doença pela eficiência.

A liberdade básica eficaz se encontra na melhor dinâmica estruturada para que se obtenha o resultado desejado, a saber, a saúde ou uma melhor qualidade de vida.

Outrossim, o princípio da igualdade é amparado pela igualdade de oportunidades e, paradoxalmente, pelo princípio da diferença.

---

<sup>28</sup> BOBBIO, op. cit. 40-41.

O princípio da igualdade de oportunidades está vinculado a posições e cargos acessíveis a todos. Os médicos prestam concurso público para ter acesso ao cargo público, sendo assim, devem cuidar bem da saúde do público. Trata-se não só de um múnus público, mas do exercício de uma das mais excelentes funções da humanidade, pois cuida do próprio ser, da vida, do homem.

O médico deve ter perícia no diagnóstico de doenças, na escolha do melhor tratamento. Não pode o médico retardar os cuidados e convergir na perda de uma chance para o paciente, ele deve ter a inteligência para discernir se é apto para prosseguir naquele tratamento ou encaminhar o paciente a outro profissional especializado em determinada área.

O médico deve perseguir a verdade real, para disponibilizar o tratamento mais adequado ao paciente, para que se verifique o princípio da igualdade substancial dos pacientes.

O princípio da diferença não olvida as desigualdades sociais e econômicas, mas reconhece-as e as potencializa para que se tornem produtivas dentro do perímetro do razoável.

O indivíduo que não dispõe de recursos financeiros para obter tratamento médico particular pode se conduzir ao Sistema Único de Saúde, ao passo que a pessoa que possui maior renda e disponibilidade econômica pode ir ao profissional particular.

O princípio da liberdade e o princípio da igualdade, mesclados se fundem no liberalismo igualitário que incorpora as contribuições do liberalismo clássico e dos ideais igualitários.

O liberalismo clássico se pauta no princípio da autonomia da vontade em que as contratações são celebradas pela liberdade de contratar, com quem contratar e sobre o que contratar. Afasta o Estado da dinâmica social, implanta o intervencionismo mínimo e prejudica boa parte da sociedade. O paciente tem a liberdade de escolher o médico e o tipo de

tratamento que quer se submeter. De outro modo, o médico atua com total liberdade, respeitando somente as regras técnicas necessárias.

Os ideais igualitários configuram-se em uma tendência pós-moderna, em que se depara com a intervenção estatal por meio do dirigismo econômico, com a delimitação da autonomia da vontade, com a teoria da responsabilidade, com a teoria da boa-fé objetiva e com a teoria da confiança.

Lisboa ressalta que com esta simbiose nasce a solidariedade social que é um instrumento propulsor da satisfação das necessidades humanas.<sup>29</sup>

Para que o médico cumpra a sua função social é preciso que ele sirva de instrumento para a satisfação dos interesses da sociedade.

A função social no exercício da medicina repele o individualismo preponderante e confere uma função institucional a ela, subordinando-a ao bem comum.

### **3.2. EMPODERAMENTO**

Na sociedade contemporânea o conceito de empoderamento nasce a partir dos movimentos civis nos Estados Unidos nos anos setenta, por meio da bandeira do poder negro, como demonstração de uma autoavaliação da raça e conquista de uma cidadania plena.

Em sua gênese, encontramos na língua inglesa o termo *empowerment* no sentido de “dar poder, autorizar ou permitir a alguém para realizar uma tarefa sem precisar da permissão de outras pessoas”.

No que atine à saúde, empoderar constitui na capacitação das pessoas ou comunidades a partir de processos educativos, em qualquer espaço individual ou coletivo,

---

<sup>29</sup> LISBOA, op. cit. p. 73.

com a intenção de programar estratégias que visem à tomada de decisão, com o fim de garantir fortalecimento das ações positivas para a saúde.<sup>30</sup>

Aponte-se, quando o indivíduo traz o poder para mais próximo de si, ganha capacidade de melhor interpretar os direitos e interesses da comunidade a que esteja cooperando. Ademais, o processo empoderativo, um instrumento conquistado para propor e fiscalizar a execução das ações de políticas públicas na saúde a serem implementadas nas comunidades.<sup>31</sup>

No entanto, para que a sociedade possa dispor deste empoderamento, é necessário que a educação seja viabilizada, pois este é o processo de socialização dos indivíduos. Por conseguinte, a sociedade será racional, harmoniosa, democrática, por sua vez controlada, planejada, mantida e reestruturada pelos próprios indivíduos que a compõem.<sup>32</sup>

Para que os cidadãos desta nação sejam, realmente, livres e iguais é necessário que haja um investimento efetivo, não só na educação profissional, como também na educação de base. Espera-se que o médico trate todos os seus pacientes de forma isonômica. No entanto, para que isso ocorra, ele deve ser ensinado desde a sua tenra idade que todo indivíduo deve ser tratado de forma respeitosa, independente da sua condição social.

Por outro lado, o indivíduo carente dos cuidados médicos do setor público, também deve ser educado a não se ver de modo diferente – no que atine à saúde, principalmente - de qualquer outro indivíduo que guarneça de melhores condições econômicas. O Estado deve viabilizar a condição necessária para salvaguardar a vida. O médico, por conseguinte, deve se

---

<sup>30</sup> SOUSA, Antonio Abelardo; GOLÇALVES, Flávio (Coord.). *A Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil: estudos em homenagem ao Pro. Dr. Arnaldo Vasconcelos*. Fortaleza: ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ, 2012, p. 144.

<sup>31</sup> Id. p. 145.

<sup>32</sup> FREITAG *apud* SOUSA, Antonio Abelardo; GOLÇALVES, Flávio (Coord.). *A Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos*. Fortaleza: ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ ESMEC, 2012, p. 147.

esforçar ao máximo – dentro de suas possibilidades estruturais – para implementar o melhor procedimento àquele paciente.

Outrossim, para que os cidadãos de uma sociedade bem-ordenada reconheçam uns aos outros como livres e iguais, as instituições básicas devem educá-los para esta concepção de si mesmos, assim como expor e estimular publicamente esse ideal de justiça política.<sup>33</sup>

#### **4. A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA E A SUA FUNÇÃO SOCIAL**

O médico, no desempenho de suas funções, não pode se olvidar do seu dever geral de cautela; deve ser perito, como a mão de um destro escultor, diligente para não incorrer em erro diagnóstico e prudente para não aplicar tratamento equivocado.

##### **4.1. RESPONSABILIDADE MÉDICA**

A responsabilidade médica tem natureza contratual. Entretanto, “o fato de se considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa”<sup>34</sup>. O médico assume uma obrigação de meio, ele não se compromete a curar, mas a proceder de conforme as regras e os métodos da profissão.<sup>35</sup> Neste sentido, dispõe o ilustre Cavalieri:

A responsabilidade médica foi muito discutida no passado quanto a sua natureza jurídica: se era contratual ou extracontratual; se gerava obrigação de meio ou de resultado. Após o Código de Defesa do Consumidor essas discussões perderam relevância. Hoje a responsabilidade médico-hospitalar deve ser examinada por dois ângulos distintos. Em primeiro lugar a responsabilidade decorrente da prestação de serviço direta e pessoalmente pelo médico como profissional liberal. Em segundo lugar a responsabilidade médica decorrente da prestação de serviços médicos de

<sup>33</sup> RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003), p. 79.

<sup>34</sup> DIAS, Aguiar *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 431.

<sup>35</sup> TRAITÉ *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva. 2011, p. 431.

forma empresarial, aí incluídos hospitais, clínicas, casas de saúde, bancos de sangue, laboratórios médicos etc.<sup>36</sup>

A atividade médica não tem por escopo a cura, obrigação de resultado, mas sim, a prestação dos devidos cuidados e a atenção. O médico deve se utilizar de recursos adequados.

A responsabilização civil médica se configura quando provada qualquer modalidade de culpa: imprudência, negligência ou imperícia. O paciente prejudicado fica incumbido de provar a culpa do profissional, conforme estabelecido no art. 951 do Código Civil.<sup>37</sup>

Nesse sentido dispõe o art. 14, § 4º do Código de Defesa do Consumidor: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa”. A prova para apurar a responsabilidade médica pode se dar por relatório de enfermagem, por procedimentos, anotações e prescrições médicas. Vejamos:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. CULPA COMPROVADA. DANO MORAL, ESTÉTICO E MATERIAL CONFIGURADOS. O autor objetiva a indenização por danos materiais, estéticos e morais tendo como causa de pedir suposto erro médico. A responsabilização civil do hospital e da cooperativa de saúde funda-se na teoria objetiva, com fulcro no art. 14 do CPDC considerando que são prestadoras de serviço, exercendo-o de forma empresarial. Esses responderão civilmente ante a comprovação do defeito no serviço, de atos de seus prepostos ou da deficiência de seus equipamentos e instalações. A cooperativa de saúde (2ª ré) só responde nos casos em que o médico a quem se imputa o ato ilícito e o hospital forem próprios ou credenciados no plano. Havendo responsabilização civil imputável a esses, a seguradora responde pelo risco da escolha. A responsabilidade pessoal do médico é calcada na teoria subjetiva, a qual necessita da prova da ocorrência de culpa nas suas modalidades de negligência, imprudência e imperícia (art.14, 3º, do CPDC). A má conduta profissional suscetível de indenização deve

<sup>36</sup> CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2012, p. 403.

<sup>37</sup> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

Art. 949. No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Art. 950. Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.

evidenciar um erro crasso no diagnóstico ou no tratamento dispensado ao paciente, que revele a falta de conhecimento ou de cuidado razoavelmente esperado daquele profissional. Submetida a decisão do médico em realizar a cirurgia, à avaliação do expert do Juízo, este categoricamente, afirmou que a cirurgia não era o tratamento mais indicado. Concluiu, ainda, o perito que houve omissão do réu no acompanhamento pós-cirúrgico dispensado ao paciente que continuava se queixando de dor, sem que se investigasse a causa destas. Assim, restou demonstrada a negligência e imperícia do 1º réu no caso concreto. A configuração da culpa do médico neurocirurgião (1º réu) traz, por consequência, a sua responsabilização civil e a da cooperativa de saúde (2º ré). DESPROVIMENTO DO AGRAVO RETIDO, APELO 1 E APELO 2. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO 3. (TJRJ Apelação n. 0002911-65.2005.8.19.0208 – Des. Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 13/03/2012 - Nona Câmara Cível. Julgamento: 10/04/2012)<sup>38</sup>

O médico não pode olvidar do dever geral de cautela e saber profissional que deve ser acrescido por cursos, palestras e seminários para atualização acadêmica. O médico também deve respeitar o dever geral de bom atendimento. Gonçalves destaca que dele se exige, principalmente, um empenho superior ao de outros profissionais.<sup>39</sup>

O princípio da transparência está amparado pelo dever de informar, disposto no art. 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor<sup>40</sup>. Pertence ao grupo de deveres de informação a orientação ao paciente e aos seus familiares no que atine aos riscos existentes no que tange aos medicamentos a serem ministrados.

Frise-se, não pode haver demora nos cuidados dispensados ao paciente, se houver dano, o médico pode responder pela perda de uma chance, da cura, de uma melhor qualidade de vida. Vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. ERRO DE DIAGNÓSTICO. PACIENTE VÍTIMA DE INFARTO DO MIOCÁRDIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO E SUBJETIVA DO PROFISSIONAL MÉDICO (art. 14, caput e §4º, do CDC). Laudo pericial conclusivo a respeito do erro no atendimento e da culpa do médico plantonista. Perda da chance de evitar-se o agravamento do sofrimento da parte. Nexo de causalidade configurado. Sentença que condena ao pagamento de compensação por danos morais, arbitrada em R\$ 10 mil. Majoração do quantum indenizatório para r\$ 20 mil, levando-se em conta o caráter pedagógico-punitivo, na linha de precedentes jurisprudenciais. Sentença que merece retoque também no tocante ao termo a quo

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. APELAÇÃO n. 0002911-65.2005.8.19.0208. Relator: Des. Roberto de Abreu e Silva. Julgamento: 10/04/2012. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

<sup>39</sup> GONÇALVES, Carlos. Op. cit. p. 435.

<sup>40</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012)

dos juros moratórios. Aplicação da súmula nº 54 do STJ. Provimento do recurso do consumidor e desprovimento do recuso dos réus. (TJRJ Apelação n. 0003119-29.2010.8.19.0061 – Des. Myriam Medeiros. Julgamento: 07/11/2013 - Vigésima Sexta Câmara Cível Consumidor)<sup>41</sup>

A presença da culpa nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia se perfaz em *conditio sine qua non* para se obter o erro grosseiro e para a tipificação da responsabilidade. Para Theodoro:

A culpa do médico pela natureza do contrato que firma com o cliente, somente será configurada quando os seus serviços tiverem sido prestados fora dos padrões técnicos. Por isso, o fato constitutivo do direito de quem pede indenização por erro médico se assenta no desvio de conduta técnica cometido pelo prestador de serviços (...). Como esse desvio de conduta técnica anormal dentro do relacionamento contratual, não há como presumi-lo. Cumprirá ao autor da ação prová-lo adequadamente (CPC, art. 333, I).<sup>42</sup>

Rizzardo ressalta, a negligência se baseia na inércia, na passividade, na falta de ação, na preguiça mental, na indolência, no descuido, na falta de estudo ou de um exame mais apurado, sendo tudo fruto do descaso, da displicência, ou desinteresse.<sup>43</sup>

Ao passo que a imperícia se caracteriza pela incapacidade para o caso, na insuficiência de conhecimento, no despreparo prático.

Na imprudência, o agente revela audácia na conduta e atitudes não justificadas pela experiência, como intervenções cirúrgicas arriscadas, doses exageradas de medicamentos.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0003119-29.2010.8.19.0061 Relator: Des. Myriam Medeiros. Julgamento: 07/11/2013. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&PGM=WEBJRP103xPROD&PORTAL=1&LAB=JURxWEB&DATA=63396&JOB=23192&INI=11&ORIGEM=1&TOT=148&PALAVRA=ERRO%20DIAGNOSTICO%20CULPA&PRI1=&PRI2=&PRI3=&FLAGCONTA=0&CHECKACORDAO=1&CHECKDECISAOMONO=1>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

<sup>42</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto Theodoro *apud* RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 323.

<sup>43</sup> RIZZARDO, *ibid.* p. 323.

<sup>44</sup> FÁVERO, Flávio *apud* RIZZARDO, *ibid.*, p. 324.

## 4.2. ERRO DIAGNÓSTICO OU ERRO PROFISSIONAL, ERRO DE TRATAMENTO E ERRO CIRÚRGICO

O erro diagnóstico, a princípio, é escusável, salvo se for de todo grosseiro.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ALEGAÇÃO DE FALHA EM ATENDIMENTO MÉDICO E DIAGNÓSTICO POR PARTE DOS RÉUS. AUTOR QUE VEIO A PERDER A VISÃO DO OLHO ESQUERDO. Sentença de procedência, condenando os réus, de forma solidária, em indenização por danos morais no valor de R\$6.000,00 (seis mil reais), acrescida de juros e correção monetária. Inconformismo de ambas as partes. Os réus pretendendo a reforma da sentença e improcedência do pedido, ao argumento de fato exclusivo da vítima pelo não emprego do equipamento de segurança necessário e, o autor, perseguindo a majoração da verba indenizatória. Laudo pericial que comprova a conduta imprudente e negligente dos réus. O médico por erro de avaliação no exame e tratamento clínico e o hospital por eleger tal profissional - culpa in eligendo. Razão que assiste ao autor em relação ao quantum fixado. Verba módica, que deve ser majorada para R\$10.000,00 (dez mil reais). Mantida, no mais, a sentença apelada. Recursos dos réus desprovidos e recurso do autor provido. (TJRJ 0001453-82.2007.8.19.0033 – Apelação - Des. Roberto Guimaraes. Julgamento: 20/02/2013 - Décima Primeira Câmara Cível)<sup>45</sup>

O erro profissional é proveniente de uma incerteza ou da imperfeição da arte ou da incapacidade de quem o exercita.

Já o erro de tratamento ocorre após o diagnóstico, momento em que o médico ministra os medicamentos, os meios e as condutas para a recuperação do paciente. Prescreve remédios não adequados para a recuperação do paciente. Branco destaca que:

Consistirá o erro médico no tratamento não apenas na execução de uma cirurgia, por exemplo, mas também o descuido com elementos secundários que possam trazer prejuízos. Assim é o problema da infecção hospitalar, provocada pela falta de higiene e descuido na utilização de equipamentos.<sup>46</sup>

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 0003119-29.2010.8.19.0061 Relator: Des. Roberto Guimaraes. - Julgamento: 20/02/2013. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=CONSULTA&PGM=WEBJRP103xPROD&PORTAL=1&LAB=JURxWEB&DATA=63396&JOB=23192&INI=11&ORIGEM=1&TOT=148&PALAVRA=ERRO%20DIAGNOSTICO%20CULPA&PRI1=&PRI2=&PRI3=&FLAGCONTA=0&CHECKACORDAO=1&CHECKDECISAOMONO=1>>. Acesso em: 28 jun. 2014.

<sup>46</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos *apud* RIZZARDO, *ibid.*, p. 327, 328.

### **4.3. A FUNÇÃO SOCIAL DO MÉDICO**

Por certo que a atividade médica evoluiu muito nas últimas décadas. No entanto, muitas vezes o médico fica dependente do poder político e econômico, não possui a autonomia funcional necessária para prestar um atendimento satisfatório.

O médico exerce a sua profissão visando mais os interesses do município ou das companhias de seguro em detrimento dos interesses dos pacientes.

O médico acaba por fazer parte de um sistema de segregação social, pois não tem como dispensar o mesmo tratamento a todos os pacientes.

A medicina não pode fazer parte de um processo de estratificação social.

É de bom alvitre destacar os interesses metaindividuais ou transindividuais, pois cuida da categoria intermediária de interesses que se encontra entre o interesse particular e o interesse público.

A Administração Pública deve prestar um serviço público eficiente, adequado, seguro e, se essencial, contínuo (art. 22 do Código de Defesa do Consumidor).

O médico, como agente público e atuante de uma atividade tão nobre deve desempenhar o seu legado de forma profícua, com excelência, dentro, por certo, das possibilidades infraestruturais disponibilizadas.

### **4.4. MEIOS REPRESSIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL**

A população mais pobre, em geral, não é guarnecida por um bom atendimento público. Aponte-se, contudo, que quem escolhe a carreira de medicina tem como motivação proeminente o atendimento aos pacientes, a vontade de cuidar da vida, de melhorar a saúde dos pacientes.

Os médicos devem ser sensibilizados - ainda que, a princípio, já o sejam – por meio de conferências, palestras e cursos.

No entanto, estas medidas preventivas de forma isolada não têm o condão de realizar uma verdadeira modificação no atuar e no pensar do médico brasileiro.

O artigo 951 do Código Civil, supramencionado, já traz o dever de indenizar, se for comprovada a culpa do médico. Ademais, deve ser incluída a inscrição do dano no cadastro do médico; a publicidade do ato praticado; e, ascensão profissional condicionada ao merecimento e à antiguidade.

Com efeito, se comprovada a culpa e verificado o dano ao paciente, deve haver a inscrição do dano em seus assentamentos do Conselho Federal de Medicina. Não se trata de um meio de coibir o exercício da medicina, mas sim de implementar a publicidade e a transparência na dinâmica médica.

O direito à informação é um norteador não só do direito do consumerista, como também de todo o ordenamento jurídico, ressalvados os casos vedados pela Constituição Federal ou pela lei.

Outra forma de reprimir a atuação discricionária do médico é condicionando a promoção funcional aos critérios do merecimento e da antiguidade. O tempo de serviço pode acarretar algum tipo de benefício ao profissional, da mesma forma como o seu desempenho profícuo da medicina pode desaguar em benesses ao profissional.

Contudo, se o profissional é negligente, imprudente ou imperito no seu labor não deve ser guarnecido com tais benefícios.

O médico é um profissional que tem um legado sagrado de restaurar a saúde de quem a ele se dirige, ou ainda, de melhorar a qualidade de vida de quem nele confia. Por certo, se espera deste profissional o exemplar desempenho de um destro doutor.

## CONCLUSÃO

O direito à saúde se configura em um dos direitos mais importantes insculpidos na Carta Magna; visto que, depois do direito à vida o que há de mais importante é a saúde. Não viabilizar de forma profícua o direito à saúde é ferir frontalmente o postulado da Dignidade da Pessoa Humana.

Para tanto, o profissional da área de saúde, ao buscar este ofício, já deve trazer em seu âmago o desejo de atuar de forma mais eficaz para a saúde do paciente.

O pensamento liberal disseminava a autonomia de vontade com sendo a solução para sociedade que acabara de sair do Estado Absolutista, em que imperava a vontade do Estado. No entanto, deve haver uma moderação.

O profissional da área de saúde decide em que instituição trabalha, qual o local onde deseja prestar concurso público para lá desempenhar o seu ofício. Todavia, a partir do momento em que escolheu aquele local, aquele ambiente, deve atuar de forma perita, prudente e diligente.

O médico tem um sagrado legado que deve ser desempenhado com louvor e excelência para que se obtenha uma sociedade em um efetivo Estado Democrático.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BRASIL. Código Civil de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 6 de ago. 2014.

BRASIL. Código de Ética Médica. Resolução n. 1931 de 2009. Capítulo I – Princípios Fundamentais. Disponível em: <[http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20656:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-i-principios-fundamentais&catid=9:codigo-de-etica-medica-atual&Itemid=122)>. Acesso em: 28 jun. 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 jun. 2014.

CAVALIERI, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito Médico*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FRANCO, Carlos Alberto Di; MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional* v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLÇALVES, Flávio (Coord.). *A Eficácia dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Arnaldo Vasconcelos*. Fortaleza: ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

HORBACH, Carlos Bastide. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direito Constitucional, Estado Democrático de Direito e Democracia*. Homenagem ao Prof. Manoel Golçalves Ferreira Filho. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

LEAL, Rogério Gesta e MARQUES, Nadja Rejane (Org.). *Direitos Fundamentais em Foco: nunca é bastante*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: contratos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAQUIAVEL. *O Príncipe*. Comentado por Napoleão Bonaparte. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro De Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2003. – (Justiça e direito).

\_\_\_\_\_. *Justiça e Democracia*. Tradução Irene A. Paternot; seleção, apresentação e glossário Catherine Audard. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Almiro Pissetta e Lenita Maria Ramoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROUSSEAU, Jean- Jacques. *Do Contrato Social*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS - mestrado e doutorado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.